

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

"L'autorité de contrôle : "vues" de Bruxelles"

Degrave, Élise

Published in:

Law, norms and freedom in cyberspace = Droit, normes et libertés dans le cybermonde

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Degrave, É 2018, "L'autorité de contrôle : "vues" de Bruxelles": Et que voit-on de Namur, vingt ans après ? Dans *Law, norms and freedom in cyberspace = Droit, normes et libertés dans le cybermonde: liber amicorum Yves Poulet*. Collection du CRIDS, Numéro 43, Larcier , Bruxelles, p. 581-597.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TITRE 6

« L'autorité de contrôle : "vues" de Bruxelles »¹.

Et que voit-on de Namur, vingt ans après ?

Élise DEGRAVE*

Une légende indienne murmure que chaque groupe humain a ses étoiles, ses chevaux de trait et son bois mort. Si le lecteur sent peut-être surgir en lui une angoisse identitaire, il est incontestable qu'Yves Pouillet n'a pas de doute à avoir quant à sa place dans la première catégorie, lui qui a inspiré tant et tant de chercheuses et de chercheurs dans l'univers foisonnant des technologies. Imprégnant ses recherches d'une intuition qui lui est devenue caractéristique, d'une audace optimiste pour fouler les chemins de traverse vers de nouveaux horizons, il a stimulé sur son passage tous les chevaux de trait, même les plus méfiants.

L'intuition d'Yves Pouillet a marqué nombre de ses recherches. Le texte dont il est question ci-après en est un exemple. Il y a quasiment vingt ans, à l'occasion de l'adoption de la directive (CE) 95/46 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, Yves Pouillet fait le point sur « l'autorité de contrôle » en matière de protection des données, institution encore peu connue, comme l'était d'ailleurs, à cette époque, l'ensemble du régime juridique de la protection des données à caractère personnel. L'analyse porte sur la Commission de la protection de la vie privée², instituée à Bruxelles quelques années plus tôt³. L'auteur y pointe déjà plusieurs sujets d'attention : le nouveau rôle confié à l'autorité de contrôle, sa nécessaire indépendance et les défis à relever que sont l'efficacité et l'effectivité de son action.

* Chargée de cours à la Faculté de droit de l'UNamur, chercheuse au CRIDS.

¹ Y. POUILLET, « Autorités de contrôle : "vues" de Bruxelles », *Revue française d'administration publique*, 1999, pp. 69-81.

² Ci-après, « CPVP ».

³ La CPVP a été créée par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (voy. art. 23 et s.).

Aujourd'hui, ladite directive 95/46 laisse la place au Règlement général relatif à la protection des données (RGPD)⁴, qui entrera en application le 25 mai 2018. Une pierre angulaire de ce nouveau texte est la réforme de l'autorité de contrôle qui, selon le Règlement, est « un élément essentiel de la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel »⁵, qui doit agir « en toute indépendance »⁶ et être dotée « des moyens financiers et humains »⁷ nécessaires à l'exercice de ses missions.

À la lumière de ces préoccupations européennes et des règles récentes qui en découlent, il est piquant de constater la modernité du texte d'Yves Poulet. Cet écrit demeure d'ailleurs une source d'inspiration pour les réflexions actuelles. L'avocat général de la Cour de justice de l'Union européenne ne semble pas dire le contraire en citant ce texte à l'occasion de l'arrêt *Schrems c. Facebook*, en 2015⁸.

Ainsi donc, Yves Poulet a saisi les défis de l'autorité de contrôle il y a presque deux décennies déjà. L'occasion nous est ici donnée de marcher à nouveau dans ses pas pour faire le point sur l'apport du RGPD à cette réflexion, et mettre en évidence une loi qui, en Belgique, réforme substantiellement la Commission de la protection de la vie privée. Il sera également question des actions qu'il reste à mener et pour lesquelles on espère qu'Yves Poulet voudra bien se joindre à nouveau à son équipe de chercheuses et de chercheurs, ses « disciples » (tantôt disciplinés, tantôt moins), comme on s'est si souvent plu à le lui dire.

CHAPITRE 1. L'évolution du rôle de l'autorité de contrôle

1. La raison d'être d'une autorité de contrôle. Tant la directive 95/46 que le RGPD érigent l'autorité de contrôle en « élément essentiel de la

⁴ Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données). Ci-après, « RGPD ».

⁵ Considérant n° 117.

⁶ *Idem*.

⁷ Considérant n° 120.

⁸ Concl. av. gén. Y. Bot du 23 septembre 2015, § 210, note 87, précédant l'arrêt C.J.U.E., gde ch., 6 octobre 2015, *M. Schrems c. Data protection Officer*, C-362-14.

protection des données »⁹. Pourquoi une telle autorité en sus des cours et tribunaux ?

Originellement, on constate que « les technologies de l'information et de la communication [...] amènent le droit à mettre en place des institutions "relais" capables, dans un cadre réglementaire réduit à quelques principes, d'aider à la formulation de solutions *ad hoc*, prenant en compte [...] la flexibilité requise par la société de l'information, dans le respect des libertés individuelles »¹⁰. En d'autres termes, l'autorité de contrôle œuvre en tant qu'autorité de régulation des traitements de données à caractère personnel. Son travail consiste notamment à compléter l'arsenal législatif et réglementaire qui n'est pas suffisant pour encadrer, en amont et *a priori*, tous les traitements de données effectués dans le secteur public et le secteur privé. Cette autorité œuvre donc comme relais du législateur et du gouvernement.

2. La directive 95/46. Dès 1995, Yves Pouillet souligne que le rôle de l'autorité de contrôle est appelé à s'amplifier à la faveur de la directive 95/46. Une double évolution se prépare. D'une part, l'autorité de contrôle devient une « autorité quasi juridictionnelle », et, d'autre part, « le rôle préventif de l'organe s'efface au profit du contrôle *a posteriori* dont il est désormais clairement chargé »¹¹. Et de préciser qu'« organe de la conscience sociale, sorte d'ombudsman ou de "chien de garde", selon la formule de Flaherty, l'autorité aboyait face aux initiatives de l'État, s'informait, surveillait, dénonçait, maniait le bâton, jouait de son influence, en appelait au public. Elle ne réglementait ni ne jugeait, laissant aux juridictions compétentes le soin de sanctionner les infractions que, le cas échéant, elle avait dénoncées »¹². La directive vient ajouter « des pouvoirs effectifs d'intervention et de décision de l'autorité de contrôle [...] »¹³.

En effet, l'article 28 de la directive 95/46 attribue deux types de pouvoir à l'autorité de contrôle : un pouvoir d'avis au profit des institutions nationales qui élaborent des « mesures réglementaires ou administratives relatives à la protection des données » et un pouvoir de contrôle qui se décline en pouvoir d'investigation – tel le pouvoir d'accéder aux données faisant l'objet d'un contrôle –, en pouvoir effectif d'intervention – tels l'interdiction temporaire ou définitive d'un traitement, l'effacement ou la destruction de données – et en pouvoir d'ester en justice. Les États ont

⁹ Considérant n° 62 de la directive 95/46 ; considérant n° 117 du RGPD.

¹⁰ Y. POUILLET, « Autorités de contrôle : "vues" de Bruxelles », *op. cit.*, p. 71.

¹¹ *Ibid.*, p. 70.

¹² *Ibid.*, p. 73.

¹³ *Ibid.*, p. 73.

néanmoins une large marge de manœuvre dans la transposition de ce texte en droit national.

Yves Poullet fait également remarquer que ce renforcement des pouvoirs des autorités de contrôle s'opère conjointement avec la diminution de leurs « interventions *a priori* dont elles étaient traditionnellement investies au profit du renforcement de leurs interventions *a posteriori* »¹⁴. Et de prendre pour exemple l'obligation, pour le responsable de traitement, de notifier les traitements de données préalablement à leur mise en œuvre, obligation que la directive assortit de nombreuses exceptions¹⁵.

3. Le RGPD. Le RGPD confirme cette tendance et, même, la renforce. Ainsi, la diminution de l'intervention *a priori* de l'autorité de contrôle s'accroît. Par exemple, l'obligation de notification préalable des traitements n'est plus seulement assortie de nombreuses exceptions, elle est abolie. Et remplacée par l'obligation, pour chaque responsable de traitement et chaque sous-traitant, de tenir un registre des activités de traitement qui ont lieu sous leur responsabilité¹⁶.

En outre, le RGPD renforce le contrôle *a posteriori* des traitements de données en dotant l'autorité de contrôle de trois types de pouvoir¹⁷. Pouvoir d'enquête – comme celui de mener des audits sur la protection des données –, pouvoir d'adopter des mesures correctrices – tel le pouvoir d'amende – ainsi que des pouvoirs d'autorisation et d'avis – tel le pouvoir de rendre un avis au parlement national.

4. Conséquences pour la Commission de la protection de la vie privée (CPVP). En Belgique, l'application du RGPD promet de provoquer un bouleversement fondamental dans le fonctionnement de l'autorité de contrôle, la Commission de la protection de la vie privée.

L'institution existe depuis 1992. Lors de la transposition, en droit belge, de la directive 95/46, le législateur n'a pas jugé utile de doter la CPVP des pouvoirs d'investigation et d'intervention organisés par la directive, ni du pouvoir d'amende. Ainsi, la loi du 8 décembre 1992 confie à la CPVP un pouvoir d'avis et de recommandation, d'initiative ou sur demande des parlements et gouvernements du pays¹⁸, et un pouvoir de conciliation, celui d'œuvrer comme médiateur une fois saisie d'une plainte¹⁹. En guise

¹⁴ Y. POULLET, « Autorités de contrôle : "vues" de Bruxelles », *op. cit.*, p. 75.

¹⁵ Art. 18 de la directive 95/46.

¹⁶ Art. 30 RGPD.

¹⁷ Art. 58 RGPD.

¹⁸ Art. 29 et 30 de la loi du 8 décembre 1992.

¹⁹ Art. 31 de la loi du 8 décembre 1992.

de pouvoirs plus incisifs, la CPVP dispose du pouvoir de dénoncer un traitement au procureur du Roi²⁰, et d'un droit d'action collective devant le tribunal de première instance, placé dans le chef de son président²¹. La pratique révèle que, depuis 1992, la CPVP agit essentiellement comme un organe d'avis et de conciliation. À titre d'exemple, la CPVP n'a exercé qu'une seule fois son droit d'action collective. Elle l'a fait récemment, en 2015, en assignant Facebook devant le tribunal de première instance, en référé²² et puis au fond²³. Toujours est-il que, depuis 1992, la CPVP joue, certes, le rôle de « chien de garde » de la protection des données, mais c'est un chien de garde sans dents, qui ne mord pas²⁴ et ne fait donc pas peur. C'est d'ailleurs ce que dénonce aussi Yves Poullet qui affirme que « la seule exception à cette extension de compétence imposée par la directive est sans doute belge. La loi récemment votée ne prétend pas modifier les articles fixant la compétence de la Commission de la protection de la vie privée, celle-ci restant essentiellement un organe consultatif, appelée à jouer le cas échéant un rôle de médiation[,] voire à émettre des recommandations[,] mais jamais de décisions. Cette exception apparaît peu justifiable au regard du texte et de l'objectif de la directive [...]. Elle met en péril, en tout cas, l'effectivité du contrôle exercé par une autorité qui certes peut aboyer[,] mais en aucune manière imposer le respect des principes législatifs »²⁵.

Le RGPD ne laisse pas de marge de manœuvre aux États quant aux prérogatives à confier à l'autorité de contrôle. Concrètement, la CPVP devra, dès le 25 mai 2018, exercer les pouvoirs qui lui sont attribués par le RGPD et œuvrer en tant qu'organe de contrôle. Le « chien de garde » se voit désormais doté d'un solide dentier.

C'est pourquoi le gouvernement, par l'intermédiaire du Secrétaire d'État à la protection de la vie privée, a initié, en 2017, une réforme fondamentale du statut et du fonctionnement de la CPVP, qui a abouti à la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données (APD)²⁶. Ce projet de loi prévoit la suppression de la CPVP

²⁰ Art. 32, § 2, de la loi du 8 décembre 1992.

²¹ Art. 32, § 3, de la loi du 8 décembre 1992. À ce sujet, voy. E. DEGRAVE, *L'e-gouvernement. Légalité, transparence, contrôle*, coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 550.

²² https://www.rtbef.be/info/economie/detail_la-commission-de-protection-de-la-vie-privee-attaque-facebook-en-justice?id=9006571.

²³ https://www.rtbef.be/info/regions/bruxelles/detail_commission-de-protection-de-la-vie-privee-contre-facebook-un-proces-au-fond-fin-janvier?id=9186815.

²⁴ À l'exception du récent recours contre Facebook devant le Tribunal de première instance de Bruxelles.

²⁵ Y. POULLET, « Autorités de contrôle : "vues" de Bruxelles », *op. cit.*, p. 77.

²⁶ M.B., 10 janvier 2018.

et son remplacement par l'Autorité de protection des données. Cette dernière est constituée de cinq organes, dont un service d'enquêtes et une chambre contentieuse, sorte de juridiction administrative. Cette autorité est dotée de la personnalité juridique, ce qui en fait un organe séparé de la Chambre des représentants et lui permettra notamment d'agir elle-même en justice. Elle dispose également des prérogatives élargies prévues par le RGPD, telles que le pouvoir d'amende.

5. La loi portant création de l'Autorité de protection des données²⁷. La loi soulève plusieurs questions concernant en particulier le pouvoir d'amende, le financement de l'APD et les comités sectoriels.

a) Le pouvoir d'amende. Le pouvoir d'amende induit une peur de la sanction auprès des responsables de traitement, qu'ils émanent du secteur privé ou du secteur public. C'est principalement cette prérogative, d'ailleurs, qui va bouleverser le rôle de l'autorité de contrôle en Belgique et la relation qu'elle entretient avec les responsables de traitement de données et les personnes concernées par ces traitements.

Le RGPD permet aux États de ne donner à l'autorité de contrôle qu'un pouvoir d'initier l'amende, à charge pour les cours et tribunaux de l'imposer²⁸. Ladite loi n'exploite pas cette possibilité et préfère habiliter l'Autorité de protection des données à donner elle-même l'amende administrative, sans autre précision. Est-ce une bonne chose ?

Selon nous, l'octroi d'une telle compétence à l'Autorité de protection des données sera bénéfique pour l'efficacité de son action en faveur de la protection de la vie privée des citoyens, tout en ne se heurtant pas à des règles constitutionnelles ou légales²⁹. De plus, le fait de pouvoir être imposée directement par l'Autorité de protection des données est appréciable en termes d'efficacité et de rapidité. Néanmoins, les modalités d'exercice de cette prérogative doivent être définies par le législateur, ce qui n'est pas envisagé pour le moment. Or, les amendes organisées par le RGPD sont exorbitantes³⁰, ayant été pensées principalement par rapport aux grosses entreprises. Ainsi, comment ces amendes seront-elles appliquées en Belgique, et en particulier au secteur public ? Une amende imposée à

²⁷ Ci-après, « APD ».

²⁸ Art. 83.9 RGPD.

²⁹ À ce sujet, voy. E. DEGRAVE, *L'e-gouvernement. Légalité, transparence, contrôle*, op. cit., n^{os} 592 et s.

³⁰ Ces amendes peuvent aller jusqu'à 20 millions d'euros et, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial de l'exercice précédent (voy. art. 83 du RGPD).

une administration ampute son budget de fonctionnement. Le citoyen ne risque-t-il pas d'en pâtir ?

Le montant de l'amende doit être suffisamment élevé pour être dissuasif, puisqu'il importe que la sanction financière agisse de manière préventive, en incitant les entreprises et les administrations à respecter les règles de protection des données. Par ailleurs, le montant de l'amende ne doit pas être trop élevé, afin de respecter l'exigence de proportionnalité fixée par le RGPD et, dans le secteur public en particulier, de ne pas porter inutilement atteinte à la continuité et à la qualité des services publics. Il en va d'autant plus ainsi que l'autorité de contrôle pourrait renforcer la sanction qu'elle impose à l'administration en combinant l'amende administrative avec d'autres sanctions. Par exemple, elle pourrait infliger une sanction financière à une entreprise tout en publiant sa décision, sans l'anonymiser, afin d'avoir un impact sur la réputation de cette entreprise.

L'article 83.2 du RGPD livre une liste de onze critères devant aider l'Autorité de protection des données à « décider s'il y a lieu d'imposer une amende administrative et [à] décider du montant de l'amende administrative ». Il s'agit, notamment, de « la nature, la gravité et la durée de la violation, compte tenu de la nature, de la portée ou de la finalité du traitement concerné, ainsi que du nombre de personnes concernées affectées et le niveau de dommage qu'elles ont subi »³¹, des « catégories de données à caractère personnel concernées par la violation »³², de « la manière dont l'autorité de contrôle a eu connaissance de la violation, notamment si, et dans quelle mesure, le responsable du traitement ou le sous-traitant a notifié la violation »³³, etc. Ces critères ont récemment fait l'objet de lignes directrices du Groupe de l'Article 29³⁴, dans le but d'encourager l'uniformisation du montant des amendes infligées au sein des États membres de l'Union européenne.

En outre, en Belgique, il ne serait pas inutile de s'inspirer également du montant des amendes que peuvent imposer d'autres instances. On pense à la Direction des amendes administratives, compétente pour sanctionner les infractions reprises dans le Livre 2 du Code pénal social³⁵. Le montant des amendes administratives que la CREG peut infliger pourrait également inspirer le législateur pour encadrer le pouvoir d'amende de l'Autorité de protection des données. La loi du 29 avril 1999 dispose que

³¹ Art. 83.2, a), RGPD.

³² Art. 83.2, c), RGPD.

³³ Art. 83.2, d), RGPD.

³⁴ Guidelines adopted on 3 October 2017 on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation 2016/679, WP 253.

³⁵ Ces montants sont énumérés à l'article 101 du Code pénal social.

« l'amende ne peut être, par jour calendrier, inférieure à mille deux cent quarante euros ni supérieure à cent mille euros, ni, au total, supérieure à deux millions d'euros »³⁶.

Quant à l'efficacité de cette sanction, des incertitudes demeurent sur la déductibilité et l'assurabilité des amendes. Les amendes seront-elles déductibles fiscalement ? Rien, dans le texte, ne l'exclut. Lors d'un débat à ce sujet³⁷, le Secrétaire d'État a néanmoins affirmé que tel ne pourrait être le cas. Voici déjà une première garantie... En outre, une entreprise pourrait-elle se faire assurer pour ces amendes ? La question est vraisemblablement à l'étude³⁸ et suppose notamment que soit tranchée la question du caractère pénal, ou non, de ces amendes.

b) Le financement de l'Autorité de protection des données. Ainsi qu'on l'a dit, les compétences de l'Autorité de protection des données sont étendues de manière importante. De toute évidence, pour exercer des enquêtes rigoureuses menant, le cas échéant, à l'imposition de sanctions telles que des amendes, pour ester en justice contre un responsable de traitement, pour assurer le fonctionnement de la nouvelle chambre contentieuse créée en son sein, l'Autorité de protection des données aura besoin des moyens humains et financiers adéquats. Il en va d'autant plus ainsi que, l'Autorité de protection des données se voyant désormais attribuer la personnalité juridique, elle est susceptible de se faire attirer en justice et, le cas échéant, de devoir supporter elle-même les frais liés à une éventuelle condamnation.

Comme l'affirme la CPVP dans l'avis qu'elle a rendu au sujet dudit projet de loi, « pour assurer la continuité de l'accomplissement de sa mission publique, il faut exclure qu'une action en dommages-intérêts prive l'autorité de contrôle de moyens de fonctionnement »³⁹. De l'avis de la CPVP, deux solutions pourraient être mises en place. D'une part, le règlement d'ordre intérieur de l'Autorité de protection des données devrait prévoir des règles relatives à la perception de frais de dossier. D'autre part, un fonds budgétaire pourrait être créé, dans lequel on verserait « au moins une partie des amendes administratives, astreintes et transactions qui sont payées »⁴⁰. Il est vrai qu'en participant au financement de l'Auto-

³⁶ Art. 31 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

³⁷ Débat à la RTBF-radio (Soir première, A. Ruyssen), « Faut-il muscler la protection des données », entre E. DEGRAVE et P. DE BACKER, le 17 octobre 2017.

³⁸ N. HELENON et C. HESLAUT, « Sur l'assurabilité des sanctions administratives », *Expertises*, 2017, accessible ici : <http://www.expertises.info/sommaire-du-mois/article-a-la-une/sur-l-assurabilite-des-sanctions.html>

³⁹ CPVP, avis d'initiative n° 21/2017 du 3 mai 2017 relatif au projet de loi réformant la Commission de la protection de la vie privée, n°s 223 et s.

⁴⁰ *Ibid.*, n° 226.

rité de protection des données, le produit de l'amende, des astreintes et des transactions aurait une affectation particulière et clairement identifiée, qui donnerait encore davantage de sens aux sanctions. Néanmoins, la solution est discutable, en ce qu'elle pourrait entraîner une tendance de l'Autorité de protection des données à durcir son action et à imposer des amendes plus fortes. Elle ferait également dépendre une partie du financement de l'Autorité de protection des données de la commission d'infractions, ce qui semble paradoxal.

Une autre solution intéressante, du moins pour endiguer le risque que l'Autorité de protection des données ne puisse pas faire face à une condamnation au paiement de dommages et intérêts, est celle appliquée au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)⁴¹. Chaque année, la Communauté française alloue une dotation complémentaire au CSA, pour couvrir les dommages et intérêts payés par ce dernier en raison de la mise en cause éventuelle de sa responsabilité. Cette dotation n'est versée que si le CSA ne parvient pas à faire face lui-même à de tels frais⁴². Cette solution n'a malheureusement pas été retenue par le législateur pour l'Autorité de protection des données.

c) La suppression des comités sectoriels. Dans son article, Yves Pouillet pose la question du choix entre une ou plusieurs autorités de contrôle, mettant en avant l'utilité d'un critère sectoriel. « Il est clair que la spécificité de l'objet du contrôle confié à une autorité rend cette dernière plus efficace et mieux informée. Cette solution rend cependant l'autorité plus sensible aux *desiderata* du secteur et risque de créer une certaine confusion »⁴³. Cette hésitation se fait ressentir à la vue de l'évolution de la CPVP et de la réforme en cours.

Le premier comité sectoriel a été créé en 1990, au moment de la mise en place de la Banque-carrefour de la sécurité sociale⁴⁴. Progressivement, d'autres comités sectoriels ont été créés, qui ont été intégrés à la CPVP lors d'une réforme législative intervenue en 2003⁴⁵. Il existe aujourd'hui, au sein de la CPVP, le comité sectoriel de la sécurité sociale et de la

⁴¹ Ci-après, « CSA ».

⁴² Art. 151 (3) de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 26 mars 2003 portant coordination du décret sur les services de médias audiovisuels. Cet arrêté du Gouvernement a été ratifié par un décret du 30 avril 2009.

⁴³ Y. POUILLET, « Autorités de contrôle : "vues" de Bruxelles », *op. cit.*, pp. 80 et 81.

⁴⁴ Art. 37 à 52 de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale.

⁴⁵ Loi du 26 février 2003 modifiant la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale en vue d'aménager le statut et d'étendre les compétences de la CPVP.

santé⁴⁶, le comité sectoriel de la Banque-carrefour des entreprises⁴⁷, le comité sectoriel du Registre national⁴⁸, le comité sectoriel de l'Autorité fédérale⁴⁹, et le comité de surveillance statistique⁵⁰.

Ces dernières années, les comités sectoriels ont fait l'objet de critiques. Au niveau de leur statut, on pointe leur indépendance, qui n'est pas garantie. En effet, les comités sectoriels sont composés de personnes issues du secteur contrôlé, sans que le contrôle effectué ne serait pas assez adapté aux préoccupations des administrations concernées. Comment prétendre à l'indépendance quand le contrôleur est lui-même le contrôlé ? Une critique semblable a d'ailleurs été formulée par la section de législation du Conseil d'État⁵¹. Au niveau de leur fonctionnement, les responsables de traitement se plaignent de la lourdeur de la procédure à suivre, qui ralentit l'exécution de leurs tâches. Par ailleurs, la multiplication de ces comités, composés de nombreux membres, représente un coût financier.

La loi portant création de l'Autorité de protection des données supprime ces comités sectoriels⁵². Malheureusement, elle n'organise pas de contrôle de substitution si bien que l'on ignore aujourd'hui comment seront contrôlés les traitements de données issues des sources authentiques détenues par l'État. À notre sens, il importe en tout cas que l'Autorité de protection des données puisse contrôler, de manière indépendante, que les données fournies obligatoirement par les citoyens à l'État sont utilisées dans le respect du régime juridique de la protection des données.

⁴⁶ Art. 37 à 52 de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale.

⁴⁷ Art. 27 à 32 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-carrefour des entreprises ; arrêté royal du 17 décembre 2003 fixant les modalités relatives à la composition et au fonctionnement de certains comités sectoriels institués au sein de la CPVP.

⁴⁸ Art. 5 de la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques ; arrêté royal du 17 décembre 2003 fixant les modalités relatives à la composition et au fonctionnement de certains comités sectoriels institués au sein de la CPVP.

⁴⁹ Art. 36bis de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel ; arrêté royal du 17 décembre 2003 fixant les modalités relatives à la composition et au fonctionnement de certains comités sectoriels institués au sein de la CPVP.

⁵⁰ Art. 24sexies à 24octies de la loi du 4 juillet 1962 relative à la statistique publique.

⁵¹ SLCE, avis n° 33.962/2 du 19 novembre 2002 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques et la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population et aux cartes d'identité et modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques », *Doc. parl.*, Ch. repr., 2002-2003, n° 50-2226/003, p. 10.

⁵² Art. 111 du projet de loi portant création de l'Autorité de protection des données préc.

Une solution pourrait être organisée à partir du modèle québécois des ententes de partage⁵³. Il s'agirait, pour le délégué à la protection des données de l'administration demanderesse, de prendre contact avec le délégué à la protection des données de l'administration émettrice des informations, pour fixer explicitement les conditions du transfert de données, dans le respect des exigences de la protection des données. Ainsi, l'entente de partage devrait reprendre notamment les données transférées, en veillant à respecter l'exigence de proportionnalité. Elle devrait mentionner également la finalité du traitement, qui doit être déterminée, explicite et légitime. Il ne faut pas non plus que le citoyen ait l'impression d'être piégé, ce qui serait le cas si des données collectées pour une finalité avantageuse étaient réutilisées dans un but de contrôle. L'entente de partage devrait également reprendre la ou des base(s) légale(s) justifiant que les données demandées entrent bien dans les missions de l'administration demanderesse. À ce stade, un premier contrôle du transfert serait donc effectué par les délégués à la protection des données des deux institutions concernées, puisque ces spécialistes de la protection des données seraient chargés de vérifier si l'échange d'informations envisagé respecte les conditions légales. L'entente de partage devrait également être transmise à l'Autorité de protection des données.

Cela permettrait d'assurer un troisième contrôle de l'échange, par l'Autorité de protection des données, qui serait en mesure de vérifier la légalité de l'entente de partage et de réagir en cas de violation des règles de protection des données.

En outre, l'Autorité de protection des données devrait publier l'entente sur son site Internet et s'en servir pour mettre à jour le cadastre des interconnexions. Grâce à ces mesures de transparence, un quatrième contrôle pourrait être effectué par les citoyens qui auraient connaissance des échanges de données opérés, grâce aux mesures de transparence.

CHAPITRE 2. L'indépendance de l'autorité de contrôle

6. La raison d'être de l'indépendance. Une autorité de contrôle forte est une autorité indépendante. Cet impératif s'est progressivement imposé au gré de l'évolution du rôle de l'autorité, comme l'explique Yves Poullet.

⁵³ Art. 67 et s. de la loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels. À ce sujet, voy. P. TRUDEL, « Gouvernement électronique et interconnexion de fichiers administratifs dans l'État en réseau », *Revista catalana de dret public*, num. 35, 2007, pp. 256-259.

« Les premières commissions de protection de la vie privée ont été voulues et conçues comme des champions de la défense des libertés. Face aux dangers et risques que représentaient les technologies de l'information, il fallait créer des organes de défense des libertés au profit des personnes concernées, considérées comme la partie faible. Ces "champions" de la liberté pouvaient d'autant plus facilement se permettre d'être partisans, au service d'une cause, qu'hormis quelques pays, leur rôle était d'abord consultatif. Il s'agissait de rappeler aux décideurs la voix de la "conscience sociale". L'indépendance se concevait dès lors comme le refus de toute allégeance par rapport aux responsables des traitements, qu'ils soient publics ou privés. Cette vue [...] soulève quelques difficultés lorsque l'organe [...] se voit reconnaître le droit d'intervention, de décision et de sanctions. [...] À ce renforcement de l'autorité des organes de contrôle doit correspondre une absolue nécessité de renforcer à la fois leur indépendance et leur effectivité afin que ces dernières ne soient pas considérées comme un "alibi" pour le pouvoir »⁵⁴. Et de rappeler que l'on devrait « accorder plus d'importance à la procédure de recrutement des membres du noyau dur et en particulier de son président, à la transparence des débats, à la motivation du choix »⁵⁵.

Ces dernières années, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu plusieurs arrêts qui circonscrivent la notion d'indépendance et confirment, à juste titre, les propos d'Yves Poullet.

7. Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans son premier arrêt, confirmé par le second, la Cour rappelle que l'objectif poursuivi par la directive européenne est d'assurer la libre circulation des données entre les États membres. Puisque ces échanges d'informations peuvent heurter la vie privée des citoyens concernés, les autorités de contrôle doivent être des « gardiennes [des] droits et libertés fondamentaux »⁵⁶. Leur tâche revient à « assurer un juste équilibre entre, d'une part, le respect du droit fondamental à la vie privée et, d'autre part, les intérêts qui commandent une libre circulation des données à caractère personnel »⁵⁷. Partant de là, l'indépendance des autorités de contrôle s'entend des garanties permettant à ces institutions d'examiner cet équilibre « de manière objective et impartiale »⁵⁸.

⁵⁴ Y. POULLET, « Autorités de contrôle : "vues" de Bruxelles », *op. cit.*, p. 78.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 79.

⁵⁶ C.J.U.E., gde ch., 9 novembre 2010, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, C-518/07, § 23.

⁵⁷ *Ibid.*, § 24.

⁵⁸ *Ibid.*, § 25. Dans le même sens, C.J.U.E., gde ch., 16 octobre 2012, *République d'Autriche c. Commission*, C-614/10, §§ 40 et 41.

Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne prône une interprétation large de l'exigence d'indépendance. La Cour soutient qu'étant donné que la directive 95/46 prescrit à l'Autorité de protection des données d'agir en « toute » indépendance, cela signifie qu'elle doit « jouir d'une indépendance qui [lui] permette d'exercer [ses] missions sans influence extérieure ». Cela exclut « non seulement toute influence exercée par les organismes contrôlés, mais aussi toute injonction et toute autre influence extérieure, que cette dernière soit directe ou indirecte, qui pourraient remettre en cause l'accomplissement, par lesdites autorités, de leur tâche consistant à établir un juste équilibre entre la protection du droit à la vie privée et la libre circulation des données à caractère personnel »⁵⁹.

Partant de là, elle juge que les autorités de protection des données allemandes ne sont pas indépendantes, étant donné qu'elles sont soumises à un contrôle de tutelle de l'État⁶⁰.

L'Autorité de protection des données autrichienne (la « DSK »⁶¹) ne respecte pas non plus cette exigence d'indépendance, et ce, pour trois raisons. Tout d'abord, le membre administrateur de la DSK, qui est un des six membres qui composent cette autorité et en gère les affaires courantes, est un fonctionnaire fédéral assujéti à un contrôle de tutelle. Ensuite, le bureau de la DSK est intégré aux services de la chancellerie fédérale, ce qui signifie que le personnel mis à la disposition de la DSK est composé de fonctionnaires de la chancellerie fédérale. Enfin, le chancelier fédéral a le droit inconditionnel d'être informé au sujet de tous les aspects de la gestion de la DSK⁶².

La Cour estime également que la Hongrie méconnaît l'exigence d'indépendance en mettant fin de manière anticipée, à l'occasion d'une modification législative, au mandat du président de l'autorité de contrôle. Et d'affirmer que, « s'il était loisible à chaque État membre de mettre fin au mandat d'une autorité de contrôle avant le terme initialement prévu de celui-ci sans respecter les règles et les garanties préétablies à cette fin par la législation applicable, la menace d'une telle cessation anticipée qui planerait alors sur cette autorité tout au long de l'exercice de son mandat pourrait conduire à une forme d'obéissance de celle-ci au pouvoir politique, incompatible avec ladite exigence d'indépendance »⁶³.

⁵⁹ C.J.U.E., gde ch., 9 novembre 2010, *République fédérale d'Allemagne c. Commission*, C-518/07, § 30 ; C.J.U.E., gde ch., 16 octobre 2012, *République d'Autriche c. Commission*, C-614/10, § 41.

⁶⁰ C.J.U.E., gde ch., 9 novembre 2010, *ibid.*, § 58.

⁶¹ DSK est l'abréviation de *Datenschutzkommission*.

⁶² C.J.U.E., gde ch., 16 octobre 2012, *République d'Autriche c. Commission*, préc., § 66.

⁶³ C.J.U.E., gde ch., 8 avril 2014, *Commission c. Hongrie*, préc., § 54.

8. En Belgique. Comme l'affirme Yves Poulet, le renforcement des prérogatives de l'autorité de contrôle doit s'accompagner d'un renforcement de son indépendance.

À cet égard, le statut de la CPVP belge a fait l'objet d'une évolution. D'abord installée sous la tutelle du ministre de la Justice, elle est devenue un organe de la Chambre des représentants à la faveur de la réforme précitée intervenue en 2003. L'objectif était de favoriser son indépendance institutionnelle en la mettant à l'abri d'un contrôle de tutelle qui pourrait orienter ses agissements.

Néanmoins, l'indépendance de la CPVP souffre d'une faiblesse de taille, si bien qu'elle n'est que relative. Les membres de la Commission sont, certes, élus par le Parlement, mais au départ d'une liste dressée par le Conseil des ministres. En d'autres termes, cette autorité est politisée. Il y a beaucoup de risques que ses membres émanent des administrations et/ou des cabinets ministériels, favorisant alors le phénomène du « contrôleur contrôlé » lorsqu'il s'agit, par exemple, de contrôler une administration sous la tutelle d'un ministre ou de contrôler des entreprises qui « lobbyent » auprès du gouvernement.

Ce manque d'indépendance a d'ailleurs été récemment dénoncé, en pratique, par certains membres de l'actuelle CPVP, dont le président lui-même. Ce dernier est un ancien chef de cabinet de Johan Vande Lanotte (SPA). Il ne cache pas que sa nomination, « c'est du politique pur »⁶⁴, et admet qu'une des conditions pour devenir membre de la Commission est « d'avoir un circuit politique »⁶⁵.

Le projet de loi organisant la future Autorité de protection des données belge affirmait, dans un premier temps, que les membres de l'Autorité seraient nommés par la Chambre des représentants, certes, mais « sur proposition des ministres qui ont délibéré en Conseil ».

Dans son avis n° 21/2017⁶⁶, la CPVP a affirmé qu'il « n'est pas logique que le Conseil des ministres soumette une liste restreinte de candidats dans laquelle la Chambre peut faire son choix, étant donné que cela limiterait sérieusement le choix de la Chambre. Cette critique s'applique également à l'article 38 qui dispose que les listes pour chaque mandat à pourvoir comprennent trois candidats au maximum, ce qui n'exclut pas le fait qu'un seul candidat soit proposé.

⁶⁴ *Le Soir*, « Avis de tempête annoncé sur la Commission vie privée », 3 mars 2017, <http://plus.lesoir.be/84403/article/2017-03-03/avis-de-tempete-annonce-sur-la-commission-vie-privee>.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ CPVP, avis n° 21/2017 du 3 mai 2017 relatif au projet de loi réformant la Commission de la protection de la vie privée, p. 16, n°s 64 et 65.

Un aspect qui pose également problème est l'absence de transparence de la procédure de nomination des membres de l'APD (qui va de pair avec l'exigence d'indépendance)⁶⁷.

Tout comme le faisait Yves Poulet il y a quelques années, encourageant de nombreux chercheurs à s'investir eux aussi dans le débat démocratique, nous avons estimé utile d'appuyer cet argument, notamment lors d'une audition en Commission de la Justice de la Chambre et par l'intermédiaire des médias⁶⁸.

Nous avons ainsi mis en avant qu'une solution serait que les membres de l'APD, ou au moins une partie de ceux-ci, soient élus sans être présentés par le Conseil des ministres. Les candidats à un poste de membre de l'APD se présenteraient devant le Parlement afin d'y exposer les raisons de leur motivation. S'ensuivrait un débat public avant la désignation du meilleur candidat élu par les parlementaires.

Par ailleurs, les membres devraient être élus par un vote à majorité spéciale, et non simple, à la Chambre. Ce faisant, les candidats devraient convaincre un plus grand nombre de parlementaires, ce qui renforcerait la voix de l'opposition dans le débat et, dans le même temps, transcenderait la division de la Chambre en groupes linguistiques. Cette idée s'inscrit dans la lignée de la section de législation du Conseil d'État qui a affirmé qu'« il serait souhaitable, en raison des missions confiées à [l'Autorité de protection des données], que l'opposition parlementaire soit associée au processus de désignation des membres de la Commission »⁶⁹.

Il va de soi qu'à cette indépendance forte doit correspondre une responsabilité forte. Il ne pourrait être question de créer un « électron libre » en dehors de toute prise démocratique. Ainsi, il importe que la future Autorité de protection des données soit transparente et rende des comptes régulièrement au Parlement. Divers moyens pourraient être mis en place

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ E. DEGRAVE, Carte blanche « Pour une autorité de protection des données forte et efficace », *Le Soir*, 16 octobre 2017, <http://plus.lesoir.be/119148/article/2017-10-16/pour-une-autorite-de-protection-des-donnees-forte-et-efficace> ; débat à la RTBF-radio (Soir première, A. Ruysen) « Faut-il muscler la protection des données », entre E. DEGRAVE et P. DE BACKER, le 17 octobre 2017.

⁶⁹ SLCE, avis du 28 novembre 1990 sur un projet de loi « relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel », *Doc. parl.*, Ch. repr., 1990-1991, n° 47-1610/1, p. 61. La SLCE s'est prononcée à nouveau en ce sens quelques années plus tard. Voy. SLCE, avis du 2 février 1998 sur un avant-projet de loi « transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données », *Doc. parl.*, Ch. repr., 1997-1998, n° 50-1566/1, p. 240.

à cette fin. La publication d'un rapport annuel détaillé, la publication de l'ensemble des avis, recommandations, décisions, études émanant de l'autorité de contrôle. Il serait également judicieux de mettre en place une commission parlementaire qui suivrait le travail de l'Autorité de protection des données de près et à intervalles réguliers, et pourrait notamment interpellier les membres du comité de direction sur les dossiers que la commission juge pertinents au regard des enjeux sociétaux qu'ils soulèvent.

Depuis lors, le texte du projet de loi a été modifié sur ce point. La majorité parlementaire a retiré du projet de loi la condition selon laquelle les membres de l'Autorité de protection des données devaient être proposés par le Conseil des ministres qui ont délibéré en Conseil. La procédure d'élection des membres de la future Autorité de protection des données se fera donc exclusivement devant le Parlement, associant majorité et opposition au processus d'élection.

Conclusion

Ainsi donc, il y a presque vingt ans, Yves Poullet avait déjà affirmé et développé les enjeux majeurs de l'autorité de contrôle en matière de protection des données : l'efficacité et l'indépendance.

Depuis lors, différents modèles d'autorités de contrôle ont été institués, que le RGPD entend harmoniser au gré de modifications parfois substantielles dans les ordres nationaux. Ce sera le cas en Belgique, puisque, d'une autorité essentiellement de conseil, on passera à une autorité de contrôle dotée de moyens effectifs de sanction.

Cette évolution pose toutefois la question de la manière dont l'Europe se saisit de la réglementation et de la régulation des traitements de données à caractère personnel. L'entrée en application du RGPD fait grand bruit, affole le secteur privé, bouscule le secteur public. Or, le texte d'Yves Poullet écrit en 1999 montre que le RGPD n'a pas le caractère révolutionnaire que certaines apparences lui attribuent. De toute évidence, le grand mérite de ce texte est de constituer une piqure de rappel de droits et obligations dont beaucoup figuraient déjà dans la directive 95/46, mais dont certains n'étaient pas ou peu appliqués.

Pourquoi alors l'impression de découvrir des règles nouvelles ? Probablement parce que, floues, complexes, multiples, elles ont, pendant vingt ans, été cantonnées essentiellement aux cénacles des spécialistes. En pratique, elles étaient peu connues, peu comprises, peu appliquées, peu revendiquées, peu dénoncées. En d'autres termes, un problème

d'effectivité pèse depuis longtemps sur ces règles dont le grand public ne comprend pas toujours le sens et dont il peine alors à faire valoir le respect.

Une inquiétude surgit aujourd'hui. En quoi le RGPD pourrait-il, à lui seul, changer ce constat ? Si la directive 95/46 manquait d'effectivité, pourquoi en serait-il autrement du RGPD ? Certes, le pouvoir d'amende fait peur et amène l'autorité de contrôle à devenir progressivement un « superflic » sanctionnateur, ce qui peut amener à une application plus effective des règles.

Mais, au-delà de ce travail *a posteriori*, n'est-il pas temps aussi de développer le rôle de l'autorité de contrôle en tant qu'« organe de la conscience sociale », celui qu'évoquait Yves Poullet ? Actuellement, ce sont principalement les technologies qui dictent le rythme, tandis que la loi tente de suivre comme elle peut. À cet égard, la société civile a besoin d'une autorité composée d'experts l'aidant à décider de sa destinée dans l'univers numérique. La société civile a également besoin d'une autorité portée par des personnalités fortes, qui affirment de manière visible un discours lucide et indépendant, visant à accompagner les citoyens confrontés à des technologies dont les enjeux leur échappent. Une autorité qui, enfin, aide les citoyens, les avocats, les institutions privées et publiques à comprendre pleinement le sens de ces règles et la manière de les appliquer, notamment en créant des outils, simples et concrets, pour faire respecter ces droits en pratique avec la rapidité et l'efficacité que ce respect mérite.

Mobiliser ses troupes et passer à l'acte... Tel est le souhait que nous formulons à Yves Poullet, celui de rejoindre la cohorte, sa cohorte, de chercheuses et de chercheurs qui, en toute indépendance, œuvrent à une protection des données mieux comprise, mieux appliquée et mieux respectée qui joue pleinement son rôle de moyen – sans n'être qu'une fin – pour la protection des libertés fondamentales dans leur ensemble. Puisque, comme il l'a tant dit dans ses conférences nationales et internationales, « la vie privée est un enjeu fondamental pour la démocratie »⁷⁰...

⁷⁰ Pour Yves : ;-)